

VU Research Portal

Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht

de Groot, G.; Akkermans, A.J.

published in

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
2007

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

de Groot, G., & Akkermans, A. J. (2007). Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 24(10), 501-509.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht

Nr. 72

G. de Groot en A.J. Akkermans¹

1. Inleiding

De inzet van deskundigen bij de schadevaststelling is een problematisch domein. Er kunnen vier factoren worden onderscheiden die in combinatie met elkaar daarvoor oorzakelijk zijn. In de eerste plaats is het vaststellen van schade op zichzelf soms aanzienlijk ingewikkelder dan men in eerste instantie zou verwachten. Dat begint al met de feiten waarvan moet worden uitgegaan. Een aan schadevaststelling intrinsiek probleem doet zich voor wanneer de bestaande vermogenstoestand van de benadeelde moet worden vergeleken met een vermogenstoestand die geen historische, maar een hypothetische toestand is: de zogenaamde vergelijkingshypothese.² Dat het daarbij niet om een 'feit' gaat, maar slechts om een veronderstelling, is een omstandigheid die vergaande consequenties kan hebben. In de tweede plaats speelt juristen bij de inzet van deskundigen een mechanisme parten dat Akkermans de 'kennisparadox' heeft genoemd: om de deskundige goed aan te kunnen sturen en diens rapport op waarde te kunnen schatten, heeft de jurist kennis nodig van het betreffende vakgebied, maar de omstandigheid dat hij die kennis ontbeert was juist de reden dat de deskundige werd ingezet. Anders gezegd: wie een deskundige écht volledig kan begrijpen heeft er eigenlijk geen meer nodig. Het blijft daarom een kwestie van behelpen.³ Een derde factor kan worden omschreven als het 'procesrechtelijk tekort': op het punt van het deskundigenbericht zijn de wettelijke regels tamelijk summier en opvallend weinig uitgekristalliseerd. Voor een overzicht van de stand van zaken zij verwezen naar de bijdrage van Verkerk in dit nummer. De vierde en laatste factor die kan worden onderscheiden, is dat de professionalisering van de gerechtelijk deskundige beperkt genoemd moet worden. In dit opzicht lijken wij in Nederland wat achter te lopen op de landen om ons heen. Wel is het zo dat zich momenteel op dit gebied diverse hoopgevende ontwikkelingen voordoen. Uit het scala van onderwerpen dat zich leent voor bespreking kiezen wij voor twee dwarsverbanden tussen de hierboven genoemde factoren, namelijk de initiatieven die

vanuit de rechtspraak zijn genomen om de kwaliteit te bevorderen van de afdoening van zaken waarin de civiele rechter een deskundige inschakelt en de kwestie van de (veronderstelde) niet-toepasselijkheid van de gewone regels van stelplicht en bewijs op de schadevaststelling, de grondslag die voor bijzonderheden op dit punt kan worden gevonden in de aard van de schade, en de procedurele impact van een en ander. Dit tweede onderwerp mondt uit in een pleidooi voor een andere voorstelling van zaken, die, meer dan de algemeen gangbare, prikkelt tot concretisering van schade bij de rechter in feitelijke instantie en kan bijdragen aan verdere uitkristallisering van het procedurele regelsysteem.

2. Initiatieven van de rechtspraak met betrekking tot de inzet van deskundigen

Sinds 1 januari 2002 hebben de gerechten en de Raad voor de rechtspraak gezamenlijk een algemene wettelijke taak in de bevordering van de uniforme rechtstoepassing en de juridische kwaliteit van de rechtspraak, waarbij zij niet treden in de behandeling, beoordeling en beslissing van individuele zaken (art. 23 en 94 Wet RO). Een terugblik in vogelvucht na bijna zes jaar laat zien dat in het kader van deze taak de nodige initiatieven zijn genomen met betrekking tot de inzet van deskundigen door de civiele rechter.

■ Aansprakelijkheidsbeperking van deskundigen

In 2003 werd in het Landelijk overleg van voorzitters van de sectoren civiel van de rechtbanken (LOVC) gesignaleerd dat het steeds vaker voorkwam dat deskundigen hun aansprakelijkheid wensten te beperken en dat zich daarbij vragen voordeden waarop het antwoord onduidelijk was. In hetzelfde jaar is in opdracht van de Raad voor de rechtspraak een onderzoek gestart naar de aansprakelijkheidsbeperking van deskundigen die door de civiele rechter in civiele zaken worden benoemd. De uitkomst van het onderzoek is dat een deskundige zijn aansprakelijkheid in beginsel op voorhand kan beperken door aan de aanvaarding van zijn benoeming daarover een voor-

1 Dineke de Groot is vicepresident in de Rechtbank Amsterdam, deels gedetacheerd bij de Raad voor de rechtspraak, en onderzoeker aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Arno Akkermans is hoogleraar privaatrecht aan de VU Amsterdam.

2 Zie A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 114. Akkermans wijst erop dat hetzelfde probleem speelt bij de vaststelling van *condicio sine qua non*-verband. Zie voor een grafische

voorstelling van de vergelijkingshypothese bij arbeidsvermogensschade A.J. Akkermans, 'Causaliteit bij letselschade en medische expertise', *TVP* 2003 p. 93-104.

3 Dat begint al met de afwezigheid van een gemeenschappelijke vaktaal. Zie daarover bijvoorbeeld A.J. Akkermans, 'Verbeterde vraagstelling voor medische expertises', *TVP* 2005, p. 69-80 (op p. 71 e.v.). Zie voorts B. Sluijters, 'De overbrugging van de kloof tussen rechter en deskundige', in: *De rol van de deskundige in het schadelingsproces, Inleiding LSA* 2001, p. 65-69.

waarde te verbinden.⁴ De rechter kan in de praktijk kiezen of hij de regie voert in de communicatie tussen partijen en de deskundige over de totstandkoming van een aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde, dan wel de communicatie aan partijen en de deskundige overlaat, tenzij zij er in onderling overleg niet uit komen.⁵

Vanwege het exonerationverbod van art. 7:463 BW biedt dit geen soelaas voor de medisch deskundige. Als het aansprakelijkheidsrisico van de medisch deskundige niet expliciet valt onder de aansprakelijkheidsverzekering die de risico's van zijn normale beroepsuitoefening dekt, zal uitleg van de relevante polisbepalingen moeten uitwijzen of het optreden als deskundige onder de dekking valt.⁶ Vooropgesteld moet worden dat er eigenlijk geen rechterlijke uitspraken zijn die erop duiden dat een door de rechter benoemde deskundige zou moeten vrezen dat hij spoedig aansprakelijk is voor schade van een partij als gevolg van een eventuele fout van de deskundige. Maar de perceptie in het veld is veelal anders. Met name onder financieel deskundigen valt te beluisteren dat de dreiging van een civielrechtelijke aansprakelijkstelling tijdens het onderzoek lijkt toe te nemen en dat een klacht bij de tuchtrechter gemakkelijk is ingediend. Een interessante uitspraak in dit verband is de beslissing van het Hof Den Haag dat een partij die een klacht tegen de deskundige wenst in te dienen, het hof daarvan in kennis dient te stellen, zodat het hof in staat is te beoordelen of die partij nog wel voldoet aan de verplichting tot medewerking aan het deskundigenonderzoek (in de zin van art. 198 lid 3 Rv).⁷ De Duitse cassatierechter gaat een stap verder en stelt beperkingen aan het voeren van aansprakelijkheidsprocedures tegen deskundigen tijdens de procedure waarin de deskundige is benoemd.⁸

Ook aan de medische tuchtrechter worden met enige regelmaat klachten voorgelegd over het handelen van artsen die als deskundige optreden. Over de aansprakelijkheid van (medisch) deskundigen die de rechter adviseren zijn weinig civielrechtelijke uitspraken gepubliceerd.⁹ De verklaring daarvoor luidt waarschijnlijk als volgt. Wanneer een deskundige in de ogen van een partij een fout maakt, zijn er talrijke procesrechtelijke mechanismen waarmee die fout door die partij kan – en in het kader van de schadebeperkingsplicht veelal: moet – worden gecorrigeerd, zowel in de instantie waarin het deskundigenadvies wordt uitgebracht als bij de hogere rechter. Een fout leidt dus wel tot allerlei ongemak, maar of er uiteindelijk ook vergoedbare vermogensschade uit voortvloeit is een geheel andere zaak.

Zoals gezegd, ontbreken in Nederland tot dusver concrete aanwijzingen dat het aansprakelijkheidsrisico zich gemakkelijk verwezenlijkt, maar de beleving van menig deskundige dat het een reëel risico is, in samenhang met het belang van de beschikbaarheid van voldoende deskundigen voor de rechtspraak, heeft de rechtspraak aanleiding gegeven om de verzekeraarbaarheid van het aansprakelijkheidsrisico van medisch deskundigen na te gaan. Vanuit de Raad voor de rechtspraak is hiertoe overleg gevoerd met vertegenwoordigers van het Ministerie van Justitie, het Ministerie van Financiën, de wetenschap, de KNMG, het Verbond van Verzekeraars en verzekeraars die zich bezighouden met medische beroepsaansprakelijkheid. Naar verluidt heeft ook de Nederlandse Orthopaedische Vereniging zich ingespannen om de verzekeraarbaarheid van het aansprakelijkheidsrisico van medisch deskundigen te waarborgen. Inmiddels is duidelijk dat, daargelaten of het risico valt onder de dekking van een collectieve beroepsaansprakelijkheidsverzekering, individuele medisch deskundigen bij meerdere verzekeraars in Nederland een verzekering kunnen afsluiten die dekking biedt in geval van schade als gevolg van eventuele fouten.

■ Ondersteuning van de regiefunctie van de civiele rechter bij het deskundigenbericht

In 2004 en 2005 is in de rechtspraak de *Leidraad deskundigen in civiele zaken* en een *model deskundigenbericht* ontwikkeld.¹⁰ Tijdens de totstandkoming heeft consultatie plaatsgevonden van deskundigen uit meerdere disciplines en van de Projectgroep medisch deskundigen van de Vrije Universiteit, die de Aanbeveling voor de procedure voor een medisch deskundigenbericht¹¹ heeft ontwikkeld. De leidraad biedt houvast bij het deskundigenonderzoek en het vervaardigen van het rapport. In de leidraad wordt algemene, juridische en praktische informatie gegeven in verband met de rechten en plichten van de deskundige en partijen in en om het deskundigenonderzoek in opdracht van de civiele rechter. De leidraad kan bij de benoeming door de griffie aan de deskundige worden gezonden. Door publicatie op internet wordt bevorderd dat ook anderen kennis kunnen nemen van de informatie die de civiele rechter aan een deskundige verstrekt. Vanaf het najaar van 2007 is de leidraad ook beschikbaar in het Engels. In het model deskundigenbericht wordt de deskundige een hulpmiddel aangereikt om te beoordelen welke informatie het deskundigenadvies vanuit het perspectief van de opdrachtgever in een bepaalde zaak in ieder geval moet bevatten.

4 G. de Groot, *Transparantie tussen rechter, partijen en deskundige, Aansprakelijkheidsbeperking van door de civiele rechter benoemde deskundigen*, Den Haag 2004 (www.rechtspraak.nl Gerechten > Raad voor de rechtspraak > Wetenschappelijk onderzoek > Publicaties). Zie kritisch: R.M. Hermans, 'Geen aansprakelijkheidsbeperking van door de civiele rechter benoemde deskundigen maar aansprakelijkheid van de Staat voor door deskundigen gemaakte fouten', *WPNR* 2005/6629, p. 579-586.

5 Zie par. 8.2 van de *Leidraad deskundigen in civiele zaken* (www.rechtspraak.nl > Naar de rechter > Landelijke regelingen > Sector civiel recht).

6 In deze zin bijv. Raad van Toezicht Verzekeringen 9 oktober 2006, *L&S* 2007, nr. 1, p. 44-47.

7 Hof Den Haag 13 december 2006, *LJN* AZ4433.

8 BenGH 7 juli 2006, VII ZB 16/06; BenGH 28 juli 2006, III ZB 14/06; BenGH 19 december 2006, VIII ZB 49/06, www.bundesgerichtshof.de.

9 Zie voor een overzicht: A.J. Van, 'De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medische deskundigen', *TvGR* 2004-7, p. 505-516. Hof Amsterdam 13 april 2006, 593/05 KG (ongepubliceerd): gegrondheid van een tuchtrechtelijke klacht tegen een deskundige brengt nog niet mee dat deze onrechtmatig heeft gehandeld.

10 Beide: www.rechtspraak.nl > Naar de rechter > Landelijke regelingen > Sector civiel recht.

11 De Aanbeveling is te vinden op www.rechten.vu.nl/iwmd > Projecten > Procedure deskundigenbericht.

■ Registratie van deskundigen

In de jaren tachtig stelde de Minister van Justitie dat een civiele rechter zich er voorafgaand aan de benoeming van een deskundige van moet vergewissen dat de deskundige daadwerkelijk over de benodigde deskundigheid beschikt.¹² Daaraan ligt de veronderstelling ten grondslag dat een jurist die een deskundige nodig heeft omdat hij voor de beoordeling van de zaak benodigde kennis of ervaring mist, wél kan beoordelen of de deskundige over die kennis en ervaring beschikt. In de praktijk staat de hierboven genoemde 'kennisparadox' daar in vergaande mate aan in de weg. De rechter is sterk afhankelijk van anderen of hij op de juiste deskundige stuit. Hij haalt zijn informatie voornamelijk uit het overleg met partijen over de benoeming van een deskundige. De gerechten krijgen ook spontaan informatie van personen die buiten zaken om melden dat zij belangstelling hebben om als deskundige op te treden.

Binnen de rechtspraak bestaat tot dusver niet de traditie om ervaringen met benoemde deskundigen systematisch te verzamelen en bij te houden. In het strafrecht wordt inmiddels hard gewerkt om de informatievoorziening te verbeteren. Het daarvoor benodigde politiek momentum is vooral ontstaan naar aanleiding van een aantal geruchtmakende strafzaken zoals de 'Schiedammer parkmoord'. Het wetsvoorstel 'Wet deskundige in strafzaken'¹³ voorziet in de ontwikkeling van een register waarin deskundigen op eigen verzoek worden ingeschreven, nadat is getoetst of zij voldoen aan onder andere kwaliteitsmaatstaven van hun beroepsgroep en forensische kwaliteitseisen. Het voornemen van het Ministerie van Justitie is om dit register van het strafrecht uit te breiden naar het civiele recht en het bestuursrecht. Verwezen zij naar de bijdrage van Van Dijk in dit nummer. In het civiele recht illustreren particuliere initiatieven reeds de breed gedragen wens om de informatievoorziening te verbeteren.¹⁴ Voorts is in opdracht van de Raad voor de rechtspraak de zogenaamde 'Deskundigenindex' ontwikkeld, een digitale gegevensverzameling van deskundigen die als zodanig bekend willen zijn bij de rechtspraak. Deze is in 2007 geïmplementeerd in de sectoren civiel recht en bestuursrecht van de rechtbanken. Het is denkbaar dat de Deskundigenindex zal worden uitgebreid tot een instrument dat ook kwaliteitsgegevens bevat. Al met al ziet het ernaar uit dat er op afzienbare termijn ook op het terrein van het civiele recht en het bestuursrecht een officieel openbaar register zal zijn, al is de precieze bestuurlijke weg daar naartoe nog niet in alle opzichten duidelijk. De verwachting is dat van een dergelijk register een stimulerende werking uit zal gaan op de verdere professionalisering van deskundigen die plegen op te treden in of buiten rechte.

■ Empirisch onderzoek naar de inzet van deskundigen

In samenwerking met de Vrije Universiteit verricht de Raad voor de rechtspraak voorts een empirisch onderzoek naar de inzet van deskundigen in het civiele recht. In dat onderzoek worden knelpunten geïnventariseerd in en rondom deskundigenonderzoek in opdracht van de civiele rechter. Waar relevant en mogelijk zullen suggesties voor verbetering worden gedaan. Tevens wordt onderzocht welke afwegingen in het verleden een rol hebben gespeeld bij de keuze om de rechter de procesrechtelijke bevoegdheid te geven een deskundige te benoemen, dan wel deskundigen naast de rechter met rechtspraak te belasten, bijvoorbeeld in de Ondernemingskamer en de Pachtkamers.¹⁵ De onderzoeksresultaten zullen naar verwachting in 2008 worden gepubliceerd.

■ Agenda van de Rechtspraak 2008-2011

De bijdrage van deskundigen aan rechtspraak staat inmiddels ook letterlijk bij de rechterlijke macht op de agenda. In de *Agenda van de Rechtspraak 2008-2011* is onder de doelstellingen en te bereiken resultaten opgenomen:

*'Het kennisniveau van rechters op de belangrijkste deskundigheidsgebieden moet zodanig zijn dat de inbreng van deskundigen voldoende kritisch kan worden benaderd. Hiervoor is nodig dat alle rechters en juridisch medewerkers basiskennis hebben van de belangrijkste methoden van onderzoek en dat binnen elke sector of in ieder geval binnen het gerecht een aantal van hen beschikt over diepgaander kennis op de betreffende wetenschapsgebieden.'*¹⁶

Duidelijk zal zijn dat men hier het probleem van de kennisparadox wil gaan aanpakken. Geconcludeerd kan worden dat er ook de komende jaren aandacht zal zijn voor de vraag hoe de kwaliteit kan worden gewaarborgd van rechtspraak waarin gebruik moet worden gemaakt van advisering door deskundigen.

3. Schadevaststelling en deskundigenonderzoek

De geschetste initiatieven van de rechtspraak staan in het teken van het streven naar uniforme rechtstoepassing bij deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter. Uit dit streven is bijvoorbeeld de *Leidraad deskundigen in civiele zaken* voortgekomen. Een kenmerk van het gebruik van deskundigenbewijs bij de schadevaststelling is misschien wel dat er in de praktijk van uniforme rechtstoepassing weinig te zien is. Niet alleen omdat de vaststelling van schade zo nauw verweven is met de feiten in een zaak, maar ook omdat de zaken zulke uiteenlopende rechtsgebieden be-

12 *Parl. Gesch. nieuw bewijsrecht*, p. 334, MvA II (1981).

13 *Kamerstukken II 2006/07*, 31 116, nr. 2.

14 Dergelijke initiatieven worden bijvoorbeeld ontplooid door de Stichting Opleiding en Registratie van Medisch Deskundigen (ORMED), de Stichting Deskundigen en Rechtspleging (SDR), de Stichting Forensische Mediation en het Leids/Landelijk Register

van Gerechtelijk Deskundigen (LRGD).

15 Vgl. G. de Groot, 'Deskundigen in de rechtspleging: beslissen of adviseren?', in: G. de Groot e.a., *De deskundige in rechte*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 9-23.

16 *Agenda van de Rechtspraak 2008-2011*, www.rechtspraak.nl > Gerechten > Raad voor de rechtspraak > Publicaties, p. 23.

strijken en op die gebieden uiteenlopende methoden van schadevaststelling worden gebruikt.

In de natte praktijk is het bijvoorbeeld gebruikelijk dat direct na constatering van ladingschade een gedegen contradictoire expertise plaatsvindt. Ook als het een expertise in opdracht van één van partijen betreft, heeft de potentiële wederpartij vaak de mogelijkheid het onderzoek bij te wonen en zich door een deskundige te doen vergezellen. In de rapporten aan beide zijden wordt vaak zowel op de oorzaak als de omvang van de schade ingegaan. Zeezaken laten zich in veel gevallen met behulp van dergelijke rapporten en zonder deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter afwickelen. Zie hierover, en over veel meer, de bijdrage aan dit nummer van Smeele.

In het ondernemingsrecht – wellicht meer angelsaksisch georiënteerd – is het gebruikelijker dat partijen zich in het processuele debat voorzien van eigen deskundigen die niet rechtstreeks met elkaar communiceren. De ene partij legt een rapport over van een door haar ingeschakelde deskundige, waarna de wederpartij het rapport gemotiveerd betwist met een rapport van een andere deskundige. Staan de rapporten haaks op elkaar en zijn ze relevant voor de beslissing van het geschil, dan heeft de rechter al snel een deskundigenadvies nodig. Verwezen zij naar de bijdrage van Joling aan dit nummer.

In letselschadezaken legt het slachtoffer meestal een op zijn verzoek opgestelde schadeberekening over en is de wederpartij bij de totstandkoming daarvan lang niet altijd betrokken. Betwist de aansprakelijke partij de juistheid van de uitgangspunten van de schadeberekening, dan kan de beslissing over de uitgangspunten tot gevolg hebben dat de schadeberekening onvoldoende bruikbaar is bij de afwikkeling van de zaak en een nieuwe schadeberekening nodig is. Zie hierover met name de bijdrage van Van Dort aan dit nummer.

Er kunnen goede redenen zijn voor dit soort uiteenlopende gebruiken. Waar die ontbreken, wordt de rechtszekerheid echter gediend met uniforme rechtstoepassing. Wij denken dat dat ook geldt voor de schadevaststelling, ongeacht of er deskundigenonderzoek bij nodig is en hoe feitelijk schadevaststelling naar haar aard ook is. Vanuit dit perspectief nemen we hierna een onderdeel van het proces van de schadevaststelling onder de loep: de toepassing van de gewone regels van stelplicht en bewijs bij de schadevaststelling.

4. De (veronderstelde) niet-toepasselijkheid van het bewijsrecht op de schadevaststelling

Schadevaststelling is, kort gezegd, natuurlijk allereerst de materieelrechtelijke vaststelling van schade overeenkom-

stig afdeling 10 van titel 1 van Boek 6 BW. Het begrip schadevaststelling omvat echter ook het proces van de schadevaststelling. Dit proces kent geen eigen procesrecht, met dien verstande dat in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geen onderscheid wordt gemaakt tussen zaken die over schadevaststelling gaan en andere civiele zaken.¹⁷ Het zou daarom logisch zijn dat het proces van schadevaststelling wordt beheerst door de gewone regels van procesrecht. Zo eenvoudig is het echter niet. Volgens de heersende leer bestaat er met betrekking tot het proces van de schadevaststelling een uitzondering op de gewone regels van het procesrecht: bij de schadevaststelling is de rechter niet gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijs. De uitzondering betreft niet alleen de begroting van het schadebedrag, maar ook de vaststelling van de uitgangspunten van de schadeberekening¹⁸ en wordt niet (expliciet) beperkt tot gevallen waarin schade zich niet concreet laat berekenen.

De regel dat de rechter bij de schadevaststelling niet is gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijs, maakt deel uit van de vrijheid van de rechter bij de begroting van de schade. Tegenwoordig wordt deze regel wel afgeleid uit art. 6:97 BW. De wijze van begroting van de schade is naar vaste rechtspraak sterk met de feiten verweven en kan in zoverre in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Aan de motivering van de schadebegroting worden geen strenge eisen gesteld.¹⁹

Frappant is dat het in feite gaat om een uitzondering die wettelijke regels zonder omhaal van woorden opzijzet, terwijl daarvoor een expliciete wettelijke grondslag ontbreekt. Spoedeisendheid, een gebruikelijke en begrijpelijke grondslag om de gewone regels van stelplicht en bewijs terzijde te stellen²⁰, kan hiervoor niet redengevend zijn. Schadevaststelling vindt immers bij uitstek plaats in de gewone bodemprocedure. De aangevoerde grondslag van de afwijking ligt in de zojuist vermelde uitleg die naar vaste rechtspraak, gesteund door de parlementaire geschiedenis²¹, aan art. 6:97 BW wordt gegeven. Scholten vermeldt in zijn noot bij een uitspraak van de Hoge Raad uit 1933 dat het merkwaardige niet ligt in het feit dat de rechter de schade vrijelijk mag begroten, maar dat hij zonder aan de bewijsregels gehouden te zijn de gegevens daartoe kan vaststellen, mits slechts het bestaan van schade in het algemeen bewezen is. Het een is volgens hem gevolg van het ander: wie de schade mag schatten, moet de bevoegdheid hebben zelf vast te stellen wat hij daartoe als grondslag neemt. Hij vermeldt dat het gaat om vaste rechtspraak en verwijst naar uitspraken van de Hoge Raad uit de jaren zeventig en tachtig van de negentiende eeuw.²²

Het ligt inderdaad voor de hand dat degene die de schade

17 Afgezien van de schadestaatprocedure (art. 612 Rv), die wij niet bespreken.

18 Conclusie A-G Hartkamp onder 10 bij HR 15 november 1996, NJ 1998, 314, m.nt. F.W. Grosheide.

19 *Schadevergoeding*, art. 97, aant. 16 en 19. Zie (o.a.) HR 18 april 1986, NJ 1986, 567, m.nt. G; HR 15 november 1996, NJ 1998, 314, m.nt. F.W. Grosheide; HR 13 december 1996, NJ 1997, 682, m.nt. JdB; HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196, m.nt. ARB; HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. ARB; HR 17 november 2000, NJ 2000, 215, m.nt. ARB; HR 29 maart 2002, NJ 2002, 270; HR 19 december

2003, NJ 2004, 348; HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378, m.nt. MMM. Zie ook HR 27 april 2001, NJ 2002, 91, m.nt. CJHB.

20 Kort geding: HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682, m.nt. JBMV (De Schelde/erven Wijkhuizen). Homologatie van een akkoord tijdens surseance: HR 26 augustus 2003, NJ 2004, 549 (UPC).

21 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 339 (MvA II).

22 HR 23 maart 1933, NJ 1933, p. 888, m.nt. PS. Zie: J.M. Barendrecht e.a., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 331.

mag schatten, niet aan handen en voeten kan zijn gebonden. Wonderlijk is dan wel dat er in de gezichtsbepalende rechtspraak van de Hoge Raad op dit terrein nogal wat gevallen zijn waarin de vaststelling van de uitgangspunten van de schadebegroting wel degelijk gepaard gaat met toepassing van de gewone regels van stelplicht en bewijs. Bovendien worden daarin specifieke nadere bewijsregels ontwikkeld. Dat is zacht gezegd slecht verenigbaar met de gangbare voorstelling van zaken. Op grond van die uitspraken zou men toch ten minste moeten zeggen dat in de rechtspraak 'uitzonderingen op de uitzondering' worden gemaakt die neerkomen op – soms verplichte – toepassing van de hoofdregels van stelplicht en bewijs bij de schadevaststelling. Zelf menen wij dat de rechtswerkelijkheid beter zou worden weergegeven door een stuk verder te gaan: naar onze mening bestaat de bedoelde uitzondering in werkelijkheid helemaal niet. Een aantal arresten kan dat illustreren.

■ Vehof/Helvetia (letselschade)

Een van de meest gezichtsbepalende uitspraken op het terrein van schadeberekening van de laatste jaren is het vaak aangehaalde arrest uit 1998 in de zaak Vehof/Helvetia.²³ Vehof vorderde vergoeding van haar schade als gevolg van een verkeersongeval. Helvetia was aansprakelijk als rechtsopvolgster van de WAM-verzekeraar van de veroorzaker van het ongeval. In geschil was of Vehof schade leed wegens verminderd arbeidsvermogen. In dit verband had Vehof onder andere aangevoerd dat zij zich vóór het ongeval had aangemeld voor een opleiding in de ziekenverzorging, na het ongeval door een opleidingsinstelling was aangenomen, blijkens een arbeidsdeskundig rapport 70% van de leerling in de opleiding met goed gevolg afrondt en zij eerder vrijwilligersactiviteiten in de verzorgende sector had ontplooid. Zij was echter door een andere opleidingsinstelling afgewezen en het hof had op grond hiervan geoordeeld dat het niet aannemelijk was dat een redelijke kans bestond dat zij de opleiding zonder ongeval met goed gevolg zou hebben afgemaakt. Volgens de Hoge Raad was dat een onbegrijpelijk oordeel en klemde dat temeer omdat aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen geen strenge eisen mogen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde in de toekomst zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad. Het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied, aldus de Hoge Raad.²⁴

Hier worden dus wel degelijk regels van bewijsrecht geformuleerd met betrekking tot de vaststelling van de schade. Eerst wordt volgens de hoofdregel van art. 150 Rv aangenomen dat op Vehof de bewijslast rust van haar stel-

ling: Verhof beroept zich op het rechtsgevolg van haar stelling, die door Helvetia gemotiveerd is betwist. Dat is een alledaagse toepassing van de gewone regels van stelplicht en bewijs. En vervolgens wordt een nieuwe regel geformuleerd specifiek voor het terrein van de letselschade, namelijk dat aan een benadeelde geen strenge eisen mogen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van de vergelijkingshypothese.

■ B./Olifiers (letselschade)

In de zaak B./Olifiers²⁵ ging het niet anders. In deze zaak vorderde een onderwijzeres van een arts vergoeding van schade die zij stelde te lijden als gevolg van door hem gemaakte fouten bij knieoperaties. Zij stelde dat zij zonder schadeval tot haar zestigste levensjaar zou hebben gewerkt, hetgeen door de arts gemotiveerd werd ontkend: het waren immers knieklachten geweest waarvoor zij zich überhaupt tot de arts had gewend. Deze discussie betrof dus een door de rechter vast te stellen uitgangspunt van de schadebegroting. Niettemin hield de beslissing van de Hoge Raad een stelsel van bewijsregels in. Volgens de Hoge Raad rust tegenover de gemotiveerde ontkenning van de arts op de onderwijzeres de bewijslast van de omvang van de schade waarvan zij vergoeding vordert, ook voor zover zij haar vordering baseert op verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid. Deze beslissing wordt klip en klaar gemotiveerd aan de hand van de gewone regels van stelplicht en bewijs, ondanks dat het evident gaat over de schadevaststelling. De onderwijzeres wordt conform art. 150 Rv tegenover de betwisting van de arts belast met het bewijs van een stelling waarvan zij het rechtsgevolg inroept. Vervolgens wordt – net als in Vehof/Helvetia – de harde uitkomst van de toepassing van de gewone regels – hoe kan iemand bewijzen dat zich een situatie zou hebben voorgedaan waarin hij door een fout van de aansprakelijke partij niet meer zal komen te verkeren – gemitigeerd met de toevoeging dat de vraag of de onderwijzeres schade lijdt door verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid, moet worden beantwoord door vergelijking van de feitelijke inkomenssituatie na het schade veroorzakende voorval met de hypothetische situatie bij het wegdenken daarvan, waarbij het aankomt op de redelijke verwachting van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen.²⁶

■ Beelen/Advocaten (vertragsrente-arrest)

De gewone regels van stelplicht en bewijs werden ook toegepast in een onderdeel van de bekende zaak waarin vier opeenvolgende advocaten een beroepsfout hadden gemaakt wegens het niet aanzeggen van moratoire interesten op de voet van art. 1286 BW (oud).²⁷ Aan deze beroepsaansprakelijkheidszaak lag een letselschadezaak ten grondslag. In de letselschadezaak had de Rechtbank Haarlem de schade, waaronder inkomensschade, begroot met gebruik van rapporten van bureau Pals. In de be-

23 HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624, r.o. 3.5.2.

24 Zie kritisch over dit argument A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 118-119.

25 HR 13 december 2002, NJ 2003, 212. Zie: A.J. Akkermans, 'Causa-

liteit bij letselschade en medische expertise', *TVP* 2003 p. 93-104.

26 HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624, r.o. 3.5.2 (Vehof/Helvetia); HR 14 januari 2000, NJ 2000, 437, m.nt. CJHB (Van Sas/Interpolis).

27 HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508, m.nt. JBMV.

roepsaansprakelijkheidszaak overwoog de Hoge Raad, op gronden die hier verder niet ter zake doen, dat in dit geval bij de begroting van de schade in het voetspoor van de door de rechtbank gebezigde rapporten van Pals ervan moest worden uitgegaan dat de schadevergoeding periodiek aan het eind van elk jaar verschuldigd geworden was, over de bedragen waarvan telkens met ingang van de eerste dag van het volgende jaar wettelijke rente verschuldigd was geworden. De gewone regels van stelplicht en bewijs werden vervolgens toegepast in de overweging dat, nu de juistheid van de rapporten van Pals met betrekking tot bepaalde onderdelen van de inkomensschade door de advocaten niet was betwist, de juistheid ervan in de beroepsaansprakelijkheidszaak vaststond.²⁸

■ P&O e.a./Nederlandse Spoorwegen e.a. (omkeringsregel)

Ten slotte verdient één van de arresten vermelding waarin de Hoge Raad heeft getracht de omkeringsregel te verduidelijken. Een container met chemisch afval, die door de NS naar Rotterdam is vervoerd, moest met een kraan van de wagon op de kade worden getild. Bij het tillen begon plotseling chemisch afval uit de losopening te spuiten. Als gevolg van de lekkage ontstond bodemverontreiniging. P&O e.a. vorderen de reinigingskosten, die na aansprakelijkstelling zijn vergoed aan de gemeente Rotterdam. Na de uiteenzetting van de Hoge Raad over de omkeringsregel, die hier niet relevant is, volgt een overweging over de omvang van de schade: de toepassing van de omkeringsregel levert een vermoeden (van het csqn-verband) op dat zich niet zonder meer uitstrekt tot de omvang van de schade die in beginsel door de benadeelde moet worden aangetoond of aannemelijk gemaakt.²⁹ Conform de hoofdregel van art. 150 Rv rust de bewijslast van de omvang van de schade dus in beginsel op de benadeelde, die zich beroept op het rechtsgevolg van zijn – betwiste – stellingen.

5. Pleidooi voor een benadering die meer recht doet aan het systeem van de wet en de rechtspraktijk

Zoals gezegd, menen wij dat juist is om als uitgangspunt te nemen dat de wettelijke regels van stelplicht en bewijs bij de schadevaststelling wél gewoon van toepassing zijn. Zoals met name Vehof/Helvetia en B./Olifiers illustreren, kan de aard van de schade echter meebrengen dat aan stelplicht en bewijs minder hoge eisen worden gesteld dan buiten de schadevaststelling. Deze regel ware echter beter te beschouwen als een nadere uitwerking van de gewone regels van bewijs, dan als een uitzondering. Het is hoe dan ook beter om überhaupt niet vol te houden dat er een categorische uitsluiting bestaat waarop dan weer uitzonderingen worden gemaakt, maar om gewoon te erkennen dat in werkelijkheid niet van een categorische

uitsluiting sprake is, maar juist van een verijnd systeem. Wij achten een dergelijke voorstelling van zaken ook systematisch juist omdat noch het procesrecht, noch afdeling 10 van titel 1 van Boek 6 BW een expliciete wettelijke grondslag bevat om aan te nemen dat de gewone wettelijke regels van stelplicht en bewijs niet van toepassing zijn op de schadevaststelling. En wij denken bovendien dat hiermee, nauwkeuriger dan met het proclameren van een categorische uitsluiting, ook beter wordt aangesloten bij de regel die de grondslag voor die categorische uitsluiting zou vormen, namelijk de regel dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en de omvang mag schatten van schade die niet nauwkeurig kan worden vastgesteld (art. 6:97 BW).³⁰ In de regel geldt immers dat hoe concreter het kan, hoe concreter het moet.³¹ Waarom zou dat niet doorwerken in de regels van stelplicht en bewijs in het proces van de schadevaststelling?

Met de hiervoor besproken arresten van de Hoge Raad hebben we getracht te laten zien dat een omgekeerd uitgangspunt beter aansluit bij de rechtspraktijk in cassatie. De controle van de cassatierechter op de schadevaststelling zal er niet ingrijpend door hoeven wijzigen, omdat het voornamelijk gaat om een logischer rangschikking van bestaande regels. Wel voorzien wij een verbetering in feitelijke instantie. De regel dat de rechter niet is gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijs, geeft partijen onvoldoende zekerheid over de mate waarin zij aan de regels van stelplicht en bewijs moeten voldoen met het oog op de schadevaststelling. 'Niet gebonden' betekent immers dat het de rechter ook vrijstaat partijen wél aan regels van stelplicht en bewijs te houden.³² Dan veronderstellen wij nog dat (de rechtshulpverleners van) partijen de regel zo precies lezen dat zij dit doorgronden. Een minder nauwkeurige lezer zal gemakkelijk aannemen dat 'niet gebonden' betekent de gewone regels van stelplicht en bewijs 'niet van toepassing' zijn. Het een volgt uiteraard niet noodzakelijk uit het ander. Toch is dit misverstand ook de Hoge Raad al eens overkomen, toen hij overwoog dat de gewone regels van stelplicht en bewijslast 'niet gelden' bij de schadebegroting op de voet van art. 6:97 BW.³³

Wij denken dat de door ons bepleite voorstelling van zaken duidelijker zou maken dat partijen stellingen in verband met de schadevaststelling in feitelijke instantie zo veel mogelijk behoren te concretiseren, voor zover deze aansporing nog nodig is in het licht van de verplichting om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv). Partijen moeten er dan immers rekening mee houden dat zij er nadeel van kunnen ondervinden als zij minder goed voldoen aan de regels van stelplicht en bewijs dan op grond van de aard van de schade van hen mag worden verwacht. Dat nodigt niet uit om met vage stellingen of schattingen te volstaan als de schade concreter kan worden onder-

28 Zie r.o. 3.11.

29 HR 29 november 2002, NJ 2004, 304, m.nt. DA onder NJ 2004, 305 (r.o. 3.5.3 slot).

30 HR 18 april 1986, NJ 1986, 567, m.nt. G.

31 Zie bijvoorbeeld A.R. Bloembergen en S.D. Lindenberg, *Schade-*

vergoeding: algemeen, deel 1, 2^e druk, Deventer: Kluwer 2001, nr. 39; J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, 3^e druk, Deventer: Kluwer 2003, nr. 207.

32 In deze zin: HR 24 december 1993, NJ 1995, 421, m.nt. CJHB.

33 HR 13 december 1996, NJ 1997, 682, m.nt. JdB.

bouwd. Het betreft hier niet alleen een aanwijzing voor partijen die de uniforme rechtstoepassing door de rechter in feitelijke instantie ten goede komt. Uiteindelijk wordt ook een materieelrechtelijk doel gediend, want van een prikkel om de schade waar mogelijk te concretiseren, zal naar verwachting een positief effect uitgaan op de kans dat het beginsel van volledige schadevergoeding wordt nageleefd.

6. Wanneer geeft 'de aard van de schade' aanleiding tot nadere uitwerkingen van de gewone regels van stelplicht en bewijs?

De vraag werpt zich op wannéér precies, in verband met de 'de aard van schade', de regels van art. 6:97 BW, namelijk dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en de omvang mag schatten van schade die niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, aanleiding geven tot nadere uitwerkingen van de gewone regels van stelplicht en bewijs. Wij pretenderen niet alle mogelijke gevallen te kunnen overzien, maar een zeer in het oog springende categorie doet zich voor wanneer een of meer aanknopingspunten voor de schadevaststelling niet in het domein van de historische feiten kan worden gevonden, maar moet worden gezocht in het domein van de hypothesen, de veronderstellingen. Het zal geen toeval zijn dat dit ook de achtergrond is van de hiervoor besproken arresten Vehof/Helvetia en B./Olifiers. Het gaat hier om een categorie situaties met de volgende twee kenmerken:

1. de aansprakelijkheid van de gedaagde als zodanig is niet (langer) in het geding. Het processuele debat betreft uitsluitend nog de omvang van de geleden schade;
2. om die omvang vast te stellen moet een vergelijking worden gemaakt met tenminste één hypothetische stand van zaken.

Zoals Akkermans heeft uitgewerkt in zijn oratie, hangen bepaalde veel voorkomende bewijsproblemen met betrekking tot schade (en overigens ook met betrekking tot het causaal verband) samen met de noodzaak om een vergelijking te maken met de toestand zoals die zou zijn geweest wanneer de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.³⁴ Of het nu gaat om het vaststellen van *condicio sine qua non*-verband of van schade, in beide gevallen moet een 'wegdenkoefening'

worden uitgevoerd met dezelfde alternatieve gang van zaken als vergelijkingspunt.³⁵ Dat vergelijkingspunt is niet de toestand zoals die zonder het aansprakelijkheidscheppende feit was, maar zoals die zonder dat feit *zou zijn geworden*. Niet een historische toestand dus, die werkelijk ooit heeft bestaan, maar een hypothese, een veronderstelling van ons denken. Akkermans heeft dit de 'vergelijkingshypothese' genoemd.

Kenmerkend voor de situaties waarover het hier gaat is dat die vergelijkingshypothese zich niet met zekerheid laat bepalen. Het kan zijn dat de situatie van de benadeelde zich in dezelfde ongunstige zin zou hebben ontwikkeld, maar zeker is dat niet. Dit heeft grote consequenties voor de mogelijkheid tot het leveren van bewijs. Historische gebeurtenissen hebben plaatsgevonden of hebben dat niet. Dat is zuiver een kwestie van waarheidsvinding. Maar het is niet mogelijk om een hypothetische situatie vast te stellen, om de eenvoudige reden dat zij nooit werkelijk heeft plaatsgevonden. Bij hypothetische gebeurtenissen gaat het niet om 'feiten' die in principe kunnen worden 'bewezen', maar slechts om veronderstellingen, waaraan, in de gevallen waarover het hier gaat, slechts een bepaalde mate van waarschijnlijkheid ten grondslag kan liggen.³⁶

In de praktijk houdt de rechter hier op verschillende manieren rekening mee. We zagen reeds hoe de Hoge Raad in Vehof/Helvetia en B./Olifiers de drempel voor het door de benadeelde te leveren bewijs van de vergelijkingshypothese lager legde. Maar ook de feitenrechter komt de benadeelde bij deze categorie bewijsproblemen eigenlijk bijna altijd tegemoet wanneer het er werkelijk toe doet. In zijn oratie heeft Akkermans deze constatering uitgewerkt tot een voorstel voor een formulering van een bijzondere bewijsregel voor de hier bedoelde situaties. Die regel houdt in dat, wanneer de aansprakelijkheidsgrond eenmaal is gegeven, de bewijslast met betrekking tot de vergelijkingshypothese in beginsel op degene rust die zich beroept op een afwijking van de gewone gang van zaken.³⁷ Deze regel betreft dus de vergelijkingshypothese ongeacht of die inzet is van het bewijs van schade of van causaal verband. Maar hij betreft ook niet méér dan dat: de bewijslast met betrekking tot de feitelijk bestaande situatie waarmee moet worden vergeleken, behoort conform de hoofdregel van art. 150 Rv in beginsel op de benadeelde te blijven rusten. Bij dit laatste dient men te be-

34 A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 114 e.v.

35 Uit deze uitwisselbaarheid van perspectieven (schadevaststelling danwel csqn-verband) volgt een bijkomend argument voor de door ons bepleite voorstelling van zaken (de gewone regels van stelplicht en bewijs zijn bij schadevaststelling wél van toepassing, maar er gelden nadere uitwerkingen) omdat het anders van de presentatie van het probleem van de vergelijkingshypothese afhangt (als een probleem van schadevaststelling dan wel een van causaal verband) of de regels van stelplicht en bewijs van toepassing zijn. Bij het causaal verband houdt de gangbare doctrine immers in dat deze regels, anders dan bij de schadevaststelling, wél van toepassing zijn. Zie voor een uitwerking van de hier bedoelde uitwisselbaarheid van perspectieven A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 27-33 alsmede p. 113-122.

36 Dit onderscheid is vrij fundamenteel. Filosofisch gesproken gaat

het hier om het verschil tussen *ontische* en *epistemische* onzekerheid. Enerzijds kan de bron van onzekerheid in de dingen zelf liggen. We hebben dan te maken met *ontische* onzekerheid, ook wel 'objectieve' onzekerheid genoemd. Anderzijds kan onzekerheid te wijten zijn aan een gebrek aan kennis of aan tekortkomingen in onze kennisverwerving. Er is dan sprake van *epistemische* onzekerheid, ook wel *cognitieve*, *methodische*, of *subjectieve* onzekerheid genoemd. In de praktijk is echter niet altijd uit te maken met welk van beide vormen van onzekerheid men te doen heeft, en doen zich ook mengvormen voor. Zie P.P. Kirschenmann, *Onzekerheid en risico in wetenschap, maatschappij en ethiek* (afscheidsrede VU 2001), Amsterdam: VU-uitgeverij 2001, p. 3-4.

37 Dit alternatief is minder revolutionair dan het misschien lijkt. In België wordt een vergelijkbare regel voor het bewijs van schade al jarenlang bepleit door Ronse. Zie J. Ronse, *Schade en schadeloosstelling*, 2^e druk bewerkt door L. de Wilde, A. Claeys en I. Mallems, Gent: Story-Scientia 1984, nr. 57 e.v. en 63 e.v.

seffen dat die feitelijke situatie, behoudens wanneer het gaat om toekomstige ontwikkelingen, doorgaans eenvoudig zal kunnen worden vastgesteld. Het is niet hier waar bij het bewijs de schoen pleegt te wringen. Maar voor zover dat wél het geval mocht zijn, is de benadeelde voor het leveren van bewijs over die feitelijke situatie in principe de meest gereede partij. Het gaat immers over de omstandigheden waarin hijzelf verkeert.

7. De koppeling van onze benadering aan schadevaststelling met deskundigenonderzoek

De gedachte dat de gewone regels van stelplicht en bewijs op de schadevaststelling van toepassing zijn, maar de aard van de schade aanleiding kan zijn voor nadere uitwerkingen ervan, staat niet op zichzelf. In een rechtsstatelijk georiënteerde samenleving is eigen aan rechtspraak dat een beslissing de werkelijkheid volgt in de mate waarin de werkelijkheid zich concreet laat overzien. Pas als de werkelijkheid minder concreet kan worden waargenomen en minder precies in taal, cijfers of afbeeldingen kan worden gevat, mag een beslissing intuïtiever zijn. Zou dit anders zijn, dan zouden er zaken zijn waarin een geschil niet met een beslissing zou kunnen eindigen. Het wekt dan ook geen verwondering dat de gedachte dat de gewone regels van stelplicht en bewijs op de schadevaststelling van toepassing zijn, maar de aard van de schade tot nadere uitwerking of verfijning van die regels kan nopen, nauw aansluit bij twee andere aspecten die relevant zijn bij de schadevaststelling, namelijk de variabele mogelijkheden van een deskundigenonderzoek in het proces van de schadevaststelling en de variabele eisen die worden gesteld aan de motivering van een uitspraak waarin een deskundigenadvies wordt betrokken.

■ Deskundigenonderzoek

In hoeverre de schade concreet kan worden vastgesteld, hangt niet alleen af van de mogelijkheden van partijen om de schade gezien de aard ervan in stellingen en bewijslevering te concretiseren, maar ook van de mate waarin een deskundige gezien de aard van de schade concrete informatie op zijn vakgebied over de schade kan verschaffen. Naarmate een deskundige concretere kennis of ervaring op zijn vakgebied kan inbrengen in de beantwoording van de aan hem voorgelegde vragen, zal hij minder intuïtief hoeven zijn in (de onderbouwing van) zijn advies. Hoe concreter de deskundige zich over de schade kan uitlaten, hoe meer de rechter in het algemeen door het deskundigenadvies in staat wordt gesteld de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in over-

eenstemming is. Omgekeerd, naarmate de deskundige tot minder concrete uitspraken in staat is, zal dat voor partijen in het algemeen gepaard gaan met minder hoge eisen aan stelplicht en bewijs en zal het oordeel van de rechter meer schatting bevatten. In zoverre kan een deskundigenonderzoek ook een hulpmiddel zijn om te onderzoeken in hoeverre concretisering van de schadevaststelling mogelijk is. Zo zal een rechter in een letselschadezaak stevast aan een medisch deskundige vragen hoe iemands gezondheidstoestand zich waarschijnlijk zou hebben ontwikkeld zonder het schadevoorval: de vergelijkingshypothese.³⁸ Als eigenlijk wel duidelijk is dat de vraag nauwelijks valt te beantwoorden, is dat zelden een goede reden om de vraag niet te stellen. De rechter voelt zich in verband met art. 6:97 BW immers pas vrij de stellingen van partijen over de hypothetische situatie zonder schadevoorval op basis van een eigen inschatting te beoordelen als de medisch deskundige heeft laten weten dat de vraag zich niet concreet laat beantwoorden, bijvoorbeeld omdat er geen concrete wetenschappelijke onderzoeksresultaten voorhanden zijn waarop een antwoord kan worden gebaseerd of omdat de casus te veel onzekere factoren bevat.³⁹

■ Motiveringseisen

Dezelfde gedachtegang – concretiseren gaat boven abstraheren of intuïtief oordelen – is onderdeel van de motiveringseisen die gelden voor het gebruik van een deskundigenadvies in een rechterlijke uitspraak. De rechter die overweegt of hij bij de schadevaststelling (nadere) voorlichting van een deskundige nodig heeft, beoordeelt of hij voldoende kennis en ervaring heeft om zonder (nadere) deskundige voorlichting te beslissen en de beslissing toereikend te motiveren. Hij is in deze beoordeling tamelijk vrij, niet alleen omdat het volgens vaste rechtspraak is overgelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt of hij behoefte heeft aan deskundige voorlichting,⁴⁰ maar ook omdat de wijze van begroting sterk met de feiten is verweven en de schatting is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Ook als de schade wordt geschat, moet de motivering van de beslissing inzicht geven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang.⁴¹ Hiervoor is in zaken waarin reeds een rapport van een door de rechter benoemde deskundige voorhanden is en daarnaast één of meer deskundigenrapporten zijn ingebracht die in opdracht van (een) partij(en) zijn vervaardigd, de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Nieuw Vredenburg/NH⁴² richtinggevend. In deze zaak ging het niet om de motivering van de schadebegroting na deskundigenbericht, maar om de motivering van de beslissing van een verzekeringsrechtelijk geschilpunt. Aangezien de motiveringsplicht van een rechterlijke beslissing

38 Zie bijvoorbeeld vraag 2 van de zogenoemde IWMD-vraagstelling, te vinden op www.rechten.vu.nl/iwmd > Projecten > Vraagstellingen.

39 Dit is ook de gedachtegang achter verschillende aspecten van de zogenoemde IWMD-vraagstelling (te vinden op www.rechten.vu.nl/iwmd > Projecten > Vraagstellingen). Zie A.J. Akkermans, 'Verbeterde vraagstelling voor medische expertises', *TVP* 2005 p. 69-80 (op p. 74).

40 Vaste rechtspraak. Zie in de afgelopen vijf jaar bijvoorbeeld HR 6 december 2002, *NJ* 2003, 63; HR 8 oktober 2004, *LJN* AP1083; HR

12 november 2004, *LJN* AP9636; HR 11 maart 2005, *LJN* AR6199; HR 20 mei 2005, *LJN* AS4406; HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 619; HR 13 januari 2006, *LJN* AU3256. Zie voor een voorbeeld waarin een deskundigenonderzoek achterwege werd gelaten omdat voldoende gegevens beschikbaar waren voor de schadevaststelling ex aequo et bono: HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 132 (Sassen/Kluwer c.s.), r.o. 4.1.5.

41 HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003, 171, m.nt. M. Scheltema.

42 HR 5 december 2003, r.o. 3.5 en 3.6, *NJ* 2004, 74, *JBPr* 2004, 29, m.nt. R. Schellaars (Nieuw Vredenburg/NHL).

zelfs bij de schatting van de schade geldt, is er geen reden om aan te nemen dat aan de overwegingen van de Hoge Raad geen betekenis zou toekomen bij de schadevaststelling waarbij een deskundigenadvies in opdracht van de rechter voorhanden is. De rechter heeft volgens de Hoge Raad in beginsel een beperkte motiveringsplicht met betrekking tot zijn beslissing de zienswijze van een deskundige al dan niet te volgen. De rechter kan in beginsel volstaan met de motivering dat hij zich verenigt met het standpunt van de deskundige, tenzij de onbegrijpelijkheid van het deskundigenbericht of het partijdebat een uitgebreide motivering nodig maakt. De omvang van de motiveringsplicht in een zaak is afhankelijk van de aard van het bewijsmateriaal en de aard en de mate van precisering van de daartegen door partijen aangevoerde bezwaren. Volgt de rechter de zienswijze van de door de rechter benoemde deskundige, dan is hij in het algemeen niet gehouden zijn beslissing verder te motiveren dan dat de motivering van de deskundige hem overtuigend voorkomt. Dat geldt in het bijzonder wanneer het gaat om kwesties die een bijzondere kennis, ervaring of intuïtie vergen. Wel zal de rechter in moeten gaan op specifieke bezwaren van een partij tegen de zienswijze van de door de rechter benoemde deskundige, als die bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting vormen van de juistheid van de zienswijze van de deskundige.

Wordt in de vaststelling van de schade een in opdracht van de rechter uitgebracht deskundigenadvies betrokken, dan zal de rechter, naarmate het deskundigenadvies minder is gebaseerd op concrete kennis of ervaring ten aanzien van de feiten die relevant zijn voor de schadevaststelling en meer op intuïtie, dus eerder mogen volstaan met het oordeel dat de motivering van de deskundige hem overtuigend voorkomt en mag hij zelf eerder tot een intuïtief oordeel komen. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de Rechtbank Arnhem:

'3. Wat betreft de eisen die aan een onderzoek door deskundigen en het rapport daarvan in een geval als het onderhavige gesteld kunnen worden geldt het volgende. Het gaat hier in wezen om taxatie van een onroerende zaak en wel om een inschatting van de prijs die de zaak bij onderhandse vrije verkoop op de markt bij normale verkoopinspanningen redelijkerwijs zal kunnen opbrengen.

*gen. De prijs waarvoor een onroerende zaak als de onderhavige, een woonhuis, uiteindelijk zal worden verkocht is daarom afhankelijk van vele omstandigheden, deels van toevallige. De inschatting van de te verwachten verkoopopbrengst, rekening houdend met al die omstandigheden, berust in belangrijke mate op kennis en ervaring van de markt ter plaatse en kan niet met wiskundige precisie plaatsvinden. Niet verlangd kan worden dat de op grond hiervan vastgestelde waarde exact wordt ontleed naar de aard en de omvang waarin alle in aanmerking genomen omstandigheden tot die waardevaststelling hebben bijgedragen. Voldoende is dat het taxatierapport duidelijk en inzichtelijk maakt welke waardebepalende factoren de deskundige makelaars wel en niet in aanmerking hebben genomen. En tenslotte voor alle duidelijkheid: het zijn uiteraard niet de deskundigen die de schade vaststellen die de wederpartij moet gaan betalen. Dat is aan de rechtbank. De deskundigen geven slechts hun oordeel over de waarden waarvoor de rechtbank heeft gevraagd.'*⁴³

■ 8. Tot slot

Al met al vinden wij het hoopgevend dat de kennisparadox in de rechtspraak steeds beter wordt onderkend. De rechtspraak ontplooit initiatieven waarmee de mogelijkheden van een deskundigenonderzoek beter kunnen worden benut en het risico kan worden beperkt dat een deskundigenbericht niet goed bruikbaar is doordat onvoldoende is geanticipeerd op de valkuilen van de kennisparadox. Wij denken dat aan de rechtswerkelijkheid meer recht wordt gedaan als de rode draad die spreekt uit het gebruik van het deskundigenonderzoek en uit de gradaties in de motiveringseisen van een rechterlijke uitspraak wordt doorgetrokken naar de toepasselijkheid van de gewone regels van stelplicht en bewijs op de schadevaststelling. Dat leidt ertoe dat de regels van stelplicht en bewijs gewoon van toepassing zijn op de schadevaststelling, maar dat de aard van de schade kan meebrengen dat aan stelplicht en bewijs minder hoge eisen worden gesteld dan buiten de schadevaststelling. Naar onze verwachting zal dat meer dan nu het geval is prikkelen tot concretisering van de schade bij de rechter in feitelijke instantie en de kans vergroten dat het beginsel van volledige schadevergoeding wordt nageleefd.

43 Rb. Arnhem 25 mei 2005, LJN AT8925.